

LA FILOSOFÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

ESTUDIOS SOBRE LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL



Carlos Bernal Pulido
Jorge Fabra Zamora

EDITORES

Universidad
Externado
de Colombia

GEORGE C. CHRISTIE *

*La intersección de la responsabilidad extracontractual
y el derecho constitucional y los derechos humanos***

Antes del siglo pasado era muy difícil, y a menudo imposible, ser compensado por lo que hoy podría considerarse daño emocional cuando no iba acompañado de un tipo de lesión más tangible. El dolor y el sufrimiento eran indemnizables si eran la consecuencia algún tipo de daño físico, incluso si este era pequeño, o derivados de alguna amenaza de daño físico. Cuando la amenaza de daño físico hubiera sido ocasionada por una conducta que no fue intencional o dolosa, sino simplemente negligente, la mayoría de las jurisdicciones también requería evidencia de algún tipo de sufrimiento físico, como un ataque de nervios o una depresión prolongada derivada de la posibilidad de un daño físico. Este requisito ha sido abandonado hoy en la mayoría pero no en todas las jurisdicciones. Estas doctrinas jurídicas han sido reemplazadas en la mayoría de las jurisdicciones por nuevas concepciones que incluyen la indemnización por traumas emocionales sufridos como consecuencia de presenciar la ocurrencia de una lesión física a otras personas, o, en algunas jurisdicciones, por amenazas de daños graves a un ser querido, normalmente un familiar cercano, ocasionados por la conducta negligente de un tercero.

Sin embargo, hubo algunas situaciones en las que se podía indemnizar lo que podríamos llamar *perjuicios emocionales* cuando no hubiera ninguna amenaza subyacente de lesiones físicas. Las acciones por difamación son el ejemplo más antiguo de la disponibilidad de este tipo de indemnización. Pero en la difamación, la acción se fundamenta en que las palabras difamatorias hayan efectivamente dañado la reputación de la víctima y en que cualquier lesión emocional que ella pudo haber sufrido sea directamente a causa de los daños a su reputación. La detención ilegal es quizás otra situación en la que se podría argumentar que el simple daño emocional era indemnizable sin ninguna lesión física tangible o amenaza de daño físico a la víctima. Sin embargo, también se podría sostener plausiblemente que al privar a la víctima de mayor libertad extendida de movimiento, la detención ilegal sin duda somete a la víctima a la posibilidad de sufrir lesiones físicas y, además, que al privar a una persona de la libertad de circulación se le está negando uno de los derechos humanos más básicos.

Solo en el siglo XX vino a surgir la creencia general de que la tranquilidad emocional es un bien importante en sí mismo. En los Estados Unidos, esta creencia se manifestó en la creación de la regulación sobre la invasión a la intimidad¹. Gran

* James B. Duke Professor of Law, Duke University School of Law [gcc@law.duke.edu].

** Traducción de JORGE FABRA ZAMORA.

¹ En *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*, 64 N.E. 442, 171 N.Y. 538 (1902), la Corte de Apelaciones de Nueva York reconoció por primera vez el “derecho a la intimidad,” que había sido doctrinalmente identificado por SAMUEL D. WARREN y LOUIS D. BRANDEIS en el frecuentemente citado “The Right to Privacy” (*Harvard Law Review*, vol. 4, 1890, pp. 193-220).

parte de esta regulación era fácilmente asimilable por la doctrina tradicional. El daño producido por escuchar las conversaciones que una persona tiene dentro de sus inmuebles era considerado parte de los daños indemnizable por la invasión a la propiedad (*trespassing*)². También muchos de los casos relacionados con grabaciones ilegales podían haber sido tratados de esa forma, pero dado que hoy grabar ilegalmente es considerado casi universalmente un delito³, no existe una necesidad de demostrar la intromisión física o la ocurrencia de daños materiales. De forma similar, es claro que lo que ha venido a ser conocido modernamente como “derecho de la intimidad” (*law of privacy*) se deriva de doctrinas previamente existentes, en particular del deber de confidencialidad que surge de una relación contractual o cuasicontractual, como la que existe entre un abogado y su cliente o entre un médico y su paciente; o de una relación de fiduciaria o cuasifiduciaria*, como la existente entre un tutor y su pupilo o un profesor y su alumno⁴. Fue sólo cuando el daño por invasión a la intimidad se extendió por fuera de estos límites cuando se hizo evidente que este intento de proteger la tranquilidad emocional de los seres humanos genera graves conflictos con otros derechos humanos fundamentales que están consagrados en las constituciones de muchos países y en los convenios internacionales más modernos en materia de derechos humanos. No obstante el carácter fundamental que muchos le otorgan hoy al derecho a la intimidad, este estatus sólo ha sido alcanzado de forma reciente, mientras que el derecho a la libertad de expresión tiene una historia más larga y

2 Véase, por ejemplo, *De May v. Roberts*, 9 N.W. 146, 46 Mich. 160 (1881). *N. del T.*: *Trespassing* es uno de uno de los daños indemnizables en el *common law*. El más importante de los diferentes tipos de *trespassing* es la invasión a bien inmueble o *trespass to land*, es decir, la interferencia ilícita de los derechos posesorios en la propiedad real de alguien. El punto que quiere expresar el autor es el que el daño producido por la invasión a la intimidad no era considerado una invasión a la persona o sus derechos intangibles, sino una invasión a sus bienes materiales.

3 Título III de *The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968*, 18 U.S.C. §§ 2510-2520 (2006) convierte un crimen federal que personas que no sean partes de una conversación intercepten, revelen o utilicen el contenido de cualquier comunicación personal o telefónica.

* *Nota del T.* En el *common law*, las relaciones fiduciarias (*fiduciary relationships*) tienen un alcance mucho mayor que en el mundo del derecho civil (de hecho, es uno de los principios generales del *common law*). Mientras en el derecho civil la fiducia comúnmente se entiende restringida al contrato de fiducia (e incluso, más restrictivo, con las diferentes modalidades de fiducia mercantil), en el *common law* las relaciones fiduciarias agrupan todas las relaciones en las cuales una persona toma el cuidado de personas o bienes, o actúa en representación de personas o bienes. De este modo, las relaciones fiduciarias del *common law* agrupan lo que en nuestros sistemas jurídicos se conocen como *tutelas* y *curatelas*, además de ciertos casos de responsabilidad corporativa, la relación entre agentes inmobiliarios y clientes, e incluso, para algunos efectos, la relación entre un sacerdote y sus parroquianos cuando el primero actúa como consejero espiritual.

4 WARREN y BRANDEIS. “The Right to Privacy”, cit., pp. 207-211.

ha sido considerado por un buen número de teóricos el fundamento mismo del sistema democrático de gobierno.

Antes de que empecemos a explorar los conflictos entre el antiguo derecho a la libertad de expresión y el más reciente derecho a la intimidad, es importante discutir un área adicional en la que la expansión de responsabilidad extracontractual ha entrado en conflicto con el derecho a la libertad de expresión. Me refiero a lo que en los Estados Unidos se llama el “daño por inflicción intencional de angustia emocional”. Los orígenes de esta institución son fácilmente rastreables. De sus dos fuentes más importantes, la más antigua se ocupa de lo que ha sido llamado “agresión intangible” (*intangible battery*)*. Este concepto surgió de un intento de proporcionar un remedio jurídico a una conducta tan indignante y dirigida a personas vulnerables que es equiparable con un deseo de hacerles daño, o, por lo menos, con una indiferencia total sobre si la conducta en cuestión puede causar daño. El ejemplo clásico es un caso inglés de 1897⁵. En ese caso, un bromista le dijo a la demandante que su marido había sido gravemente herido en un accidente. Ella salió con mucha prisa en taxi a buscar a su esposo. En palabras de la corte que decidió el caso, “el efecto de esta declaración sobre la demandante fue un *shock* violento en su sistema nervioso, que le produjo vómitos y otras consecuencias físicas más graves y permanentes que amenazaban su sano juicio, y que le implicaron semanas de sufrimiento e incapacidad, así como a su esposo gastos por la asistencia médica”⁶. La corte sólo permitiría una indemnización por el valor del pasaje de taxi derivado del fraude que había sufrido. No obstante, confirmó la decisión del jurado de indemnizar en una cuantía de £ 100 por las lesiones derivadas del *shock* nervioso, debido a que el acusado había “deliberadamente ejecutado un acto calculado para causar daño físico a la demandante [...] y, de hecho, le había causado tal daño”⁷. Un caso similar que involucraba a unos bromistas se decidió después en los Estados Unidos⁸. La demandante, quién murió mientras el proceso estaba en curso, era una solterona que tenía una obsesión por encontrar una olla de monedas de oro, supuestamente enterrada por sus antepasados cerca de unos terrenos que había pasado a ser propiedad de uno de los demandados. Unos veinte años antes, la demandante había sido internada en un “asilo de locos”,

* N. del T.: Se denomina *battery* (agresión), en responsabilidad extracontractual del *common law*, cuando una persona causa un daño in consentido de forma intencional y voluntaria mediante un contacto ofensivo con una persona o algo asociado con ella (por ejemplo, su sombrero o su bolso).

⁵ *Wilkinson v. Downton* [1897], 2 Q.B. 57.

⁶ ÍD., p. 58.

⁷ ÍD., pp. 58-59.

⁸ *Nickerson v. Hodges*, 84 So. 37, 146 La. 735 (1920).

y esto era conocido por los demandados⁹. Los demandados enterraron una vieja vasija llena de piedras en un lugar donde la demandante y sus ayudantes la pudieran encontrar. Cuando encontraron la olla, se hicieron arreglos para que fuera abierta en el banco local, donde la demandante había dejado la olla para su custodia. Una muchedumbre considerable asistió a la apertura. Cuando la vasija resultó llena de piedras y tierra, la demandante se puso iracunda y fue necesario retenerla para que no agrediera a los demandados. Los demandados alegaron, entre otras cosas, que estaban tratando de demostrar que la obsesión de la demandante era un disparate.

Cuando el *Restatement of the Law of Torts*^{*} fue publicado en 1934, clasificó estos casos como un ejemplo particular de una indemnización por negligencia, y no como un tipo de nuevo de daño intencional¹⁰. El concepto nunca evolucionó muy lejos porque era demasiado amorfo y tenía un alcance potencialmente demasiado amplio. Es probable que gran parte de nuestro discurso y conducta pueda ser causa de aflicción y angustia (*distress*) para otros. Al menos en los Estados Unidos, los desarrollos subsecuentes se basaron en una segunda teoría más limitada. Durante mucho tiempo se había reconocido que el ilícito tradicional de *assault* (asalto), que proporciona un remedio a aquellos quienes han sido puestos en peligro inmediato de una *battery* (agresión), era demasiado limitado porque no permitía indemnización derivada de la angustia emocional generada por amenazas creíbles de violencia futura. El *Restatement* inicialmente intentó regular este miedo entendible de violencia futura declarando que “[a]quel que, sin un privilegio especial, intencionalmente cause angustia emocional severa a otro” es responsable por tal angustia emocional, al igual que por cualquier daño corporal que haya podido resultar de tal angustia¹¹. Pero pronto quedó claro que esto también sometería a gran parte de la conducta diaria de los seres humanos a responsabilidad jurídica. Por ello el *Restatement (Second)*, publicado en 1964, restringió la responsabilidad a la causación “intencional o imprudente” de “angustia emocional severa” mediante “conducta extrema y ultrajante”¹². Aunque esto ciertamente fue un intento de imponer algunos límites de sentido

⁹ ÍD., p. 38.

^{*} *N. del T.*: En el Derecho de los Estados Unidos, los *Restatements of Law* son un conjunto de tratados en diferentes áreas que buscan informar a los jueces y abogados sobre los principios generales del *common law*. Hasta la fecha se han publicado tres series por el American Law Institute, una organización que agrupa académicos, jueces y litigantes. En este caso, el autor se refiere a la primera publicación del *Restatement* de la responsabilidad extracontractual.

¹⁰ *Restatement (First) of Torts*, § 306 (1934).

¹¹ *Restatement (First) of Torts*, 1948, Supplement § 46.

¹² *Restatement (Second) of Torts*, § 46 (1965).

común a la responsabilidad potencial, dio insuficiente consideración al hecho de que la mayor parte de las conductas extremas y ultrajantes involucra discursos o manifestaciones expresivas tales como el piquete o la caricatura. Por ejemplo, JERRY FALWELL, una figura religiosa bien conocida y controversial, interpuso una demanda para ser indemnizado por la angustia emocional que sufrió cuando una parodia de la revista *Hustler* sugirió que él, un abstemio declarado, tuvo su primer encuentro sexual en una letrina con su madre después de beber Campari*. La Corte falló que una figura pública, como FALWELL, no podría ser indemnizada por la inflicción intencional de angustia emocional a menos que pudiera probar que todas las declaraciones hechas en su contra fueran falsas¹³. La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, con su garantía de la libertad de expresión, prohibió tal declaratoria de responsabilidad extracontractual. El jurado del caso determinó que si una persona razonable hubiera creído la historia, FALWELL tendría derecho a la indemnización. Sin embargo, nadie en su sano juicio hubiera creído la insinuación de que él hubiera estado borracho en una orgía con su madre. Como el jurado encontró que ninguna persona razonable hubiera creído tal afirmación, la Corte falló en contra de las pretensiones de FALWELL.

Aunque la Suprema Corte no ha decidido directamente casos relacionados con la inflicción intencional de angustia emocional sobre personas que no fueran funcionarios o figuras públicas, las cortes estatales han limitado de forma importante tal responsabilidad por la conducta de las personas que cobran deudas¹⁴, los funcionarios oficiales o semioficiales¹⁵ o con una relación fiduciaria. Un caso muy importante decidido en el 2011 por la Suprema Corte de los Estados Unidos proporciona ilustración sobre el alcance de la protección constitucional de la expresión en esta área del derecho emocionalmente cargada¹⁶. Este caso involucró una manifestación cercana a la iglesia en la cual se realizaba el funeral de un infante de marina estadounidense muerto en Irak y en la que se desplegaban pancartas declarando que “Dios odia a los Estados Unidos” y “Gracias, Dios, por los soldados muertos” y diatribas similares como parte de la afirmación de los manifestantes de que Dios odia a los Estados Unidos por su tolerancia a la homosexualidad. El padre del infante de marina fue indemnizado con una suma considerable en primera instancia, pero esta indemnización fue

* *N. del T.*: El Campari es un aperitivo italiano.

13 *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).

14 *George v. Jordan Marsh Co.*, 268 N.E.2d 915, 359 Mass. 244 (1971).

15 *Rockhill v. Pollard*, 485 P.2d 28, 259 Ore. 54 (1971).

16 *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. ___, 131 S. Ct. 1207, 179 L. Ed. 2d 172 (2011).

revocada en segunda instancia. La Suprema Corte falló a favor de mantener la decisión de segunda instancia bajo el fundamento de que la actuación de los manifestantes se encontraba protegida por la primera enmienda porque se trataba de expresiones relacionadas con un asunto público y habían tenido lugar en una acera pública.

No parece existir una línea jurisprudencial semejante por fuera de los Estados Unidos. Ello ocurre quizás porque muchos tipos de expresiones o conductas que podrían ser ejemplos de inflicción intencional de angustia emocional, y estarían sujetas solamente al litigio entre las partes, son vistos como ofensas al orden público. Esto ocurre con la blasfemia (que ya no es un generador de responsabilidad en los Estados Unidos) y la obscenidad. No obstante, la relación con la acción civil por la inflicción intencional de angustia emocional es obvia, dado que la persecución criminal de esas ofensas en Europa parece casi siempre ser el resultado de quejas presentadas por particulares a las autoridades públicas¹⁷. Esto también parece ser cierto de muchas de las frecuentes acusaciones criminales adelantadas por la negación del Holocausto. Una acción penal por negar el Holocausto es también un imposible en los Estados Unidos.

No obstante, la responsabilidad extracontractual derivada de violaciones al derecho a la intimidad sigue siendo el área del derecho en la cual es más probable que surjan conflictos con el derecho constitucional doméstico o con las convenciones internacionales de derechos humanos. La regulación contemporánea de la intimidad tiene su origen en gran parte en el derecho de los Estados Unidos. Es por tanto irónico que en este país se considere que extender el daño por invasión a la intimidad más allá de la obtención ilícita de información (ya sea por traspaso en la propiedad inmueble de alguien, o interceptación telefónica o violando las obligaciones tradicionales de confidencialidad) pone en riesgo la libertad garantizada por la primera enmienda de la Constitución. Esto a su vez ha conducido a tal reducción del alcance del daño por violación a la intimidad, que el tratamiento de este asunto en el *Restatement (Second) of Torts*, e incluso en alguna medida en el reciente *Restatement (Third) of Torts: Physical and Emotional Harm*, no es más que una descripción exacta del estado actual del derecho¹⁸. En contraste, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no solo ha extendido la

17 Véase, por ejemplo, *Klein v. Eslovaquia*, demanda n.º 72208/01, decisión del 31 de enero del 2007, ¶ 13, donde se iniciaron actuaciones penales por blasfemias, originadas a raíz de quejas presentadas por asociaciones que reclamaban que los sentimientos religiosos de sus miembros habían sido ofendidos.

18 Véase *infra*, nota 29.

noción de intimidad hasta el punto de considerarla un derecho fundamental¹⁹, sino que en el proceso también ha restringido la libertad de expresión, incluso cuando reconoce que tal libertad también es un derecho fundamental. Hay dos razones para este desarrollo. Primero, en el curso del reconocimiento del carácter fundamental de estos derechos, la Convención Europea los vuelve derrotables para propósitos públicos importantes²⁰. Como es bien conocido, el artículo 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos también limita estos derechos fundándose en la necesidad de “proteger la seguridad de todos, y por las justas demandas del bienestar general en una sociedad democrática”²¹. En Europa, un razonamiento similar ha sido utilizado para prohibir a las mujeres el uso de velos en las universidades y en otros edificios públicos²². Segundo, en relación con el posible conflicto entre el derecho “a respetar la vida privada y familiar” y el derecho a la libertad expresión, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa²³ y la Corte Europea de Derechos Humanos han declarado que el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión tienen igual valor²⁴. Hay poca duda de que al menos la acción de la Asamblea Parlamentaria fue influenciada por la muerte trágica de la princesa Diana. Esto inevitablemente ha tenido el efecto de obligar a las cortes a tratar de crear las soluciones para esos conflictos. Dos ejemplos ilustrarán las dimensiones del problema al que se enfrentan las cortes y la dificultad del cumplimiento de la tarea que les ha sido encomendada.

El primero de los dos casos es *Campbell v. MGN Ltd.*²⁵, decidido por la Cámara de los Lores del Reino Unido en mayo del 2004. La demandante del caso era una famosa modelo de ropa que previamente había denigrado de forma pública del aparentemente común uso de drogas entre modelos de élite como un medio para soportar las presiones de la vida acelerada que son obligadas a llevar. Al hacer estos comentarios, la demandante enfatizó que ella nunca usó drogas. Sin embargo, como cuestión fáctica, la afirmación era falsa. El *Daily Mirror*, un tabloide británico, se enteró no solo de que la demandante asistía

19 Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, art. 8, sep. 3, 1953, E.T.S. 5.

20 ÍD., art. 8.º, ¶ 2; ÍD., art. 9.º, ¶ 2; ÍD., art. 10.º, ¶ 2.

21 Convención Americana de Derechos Humanos, art. 32, nov. 22, 1969, 1144 U.N.T.S. 144.

22 *Sahin v. Turquía*, demanda n.º 44774/98, decisión del 10 de noviembre del 2005, 44 Eur. H. R. Rep. 5 (2007).

23 Resolución 1165, ¶ 11 (1998) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

24 Véase, por ejemplo, *Von Hannover v. Alemania*, demanda n.º 59320/00, decisión del 24 de junio del 2004, 40 Eur. H. R. Rep. 1 (2005), ¶ 42 (en adelante, *Von Hannover*).

25 *Campbell v. MGN Ltd.*, [2004] 2 A.C. 457 (en adelante, *Campbell*).

a reuniones de Narcóticos Anónimos, sino también de la localización exacta donde las reuniones se realizaban. En el primero de tres artículos, el *Daily Mirror* tomó una postura insinceramente solidaria al reportar que la demandante estaba buscando tratamiento para su condición y, para acompañar el artículo, publicó una fotografía de ella tomada cuando aparentemente estaba saliendo del edificio en el cual se realizaban las reuniones. La demandante inmediatamente comenzó procedimientos legales contra el *Daily Mirror*. En respuesta, el periódico publicó dos artículos adicionales, el primero de los cuales estaba acompañado por otras fotografías tomadas en las calles alrededor del lugar de reunión de Narcóticos Anónimos. Ambos artículos criticaban a la demandante, acusándola de su hipocresía al criticar a otros por hacer lo que ella igualmente hacía. Los fundamentos de la demanda fueron la Data Protection Act de 1968 y la figura del *common law* denominada *breach of confidence**. El caso fue fallado a favor de la demandante en primera instancia y se le concedió una pequeña indemnización. Un fallo unánime de la Corte de Apelaciones que revocaba la decisión fue a su vez revocado por una decisión 3-2 de la Cámara de los Lores. En la Cámara de los Lores el caso fue tratado como una demanda por *breach of confidence* y, al hacer eso, sus señorías consideraron que lo que debían resolver era un conflicto entre el derecho del demandante a la protección de su vida privada bajo el artículo 8.º de la Convención Europea y el derecho del demandado a la libertad de expresión bajo el artículo 10.º de la misma carta. Sus señorías aceptaron que su misión era ponderar los derechos en conflicto, y la mayoría expresamente aceptó la determinación de la Asamblea Parlamentaria Europea y la Corte Europea de Derechos Humanos de que los derechos en juego, es decir, el derecho a respetar la vida privada de las personas y el derecho a la libertad de expresión, tienen igual valor. En resumen, el caso se resolvió por lo que en Estados Unidos se llama ponderación *ad hoc*** . En este caso, la mayoría de sus señorías sostuvieron que los derechos del demandante consagrados en el artículo 8.º prevalecían sobre los derechos del demandado en el artículo 10.º. La

* *N. del T.*: El *breach of confidence* o “incumplimiento de la confianza” es un daño del *common law* que protege la información privada que es entregada en confianza. Una demanda bajo este fundamento normalmente requiere que la información sea de naturaleza confidencial, que sea comunicada en confianza y que haya sido revelada en detrimento del demandante. El debate se centra en acreditar la existencia del incumplimiento de un deber de confianza. De forma común, esta figura se aplica a las relaciones médico-paciente, a las relaciones bancarias y a las empresas de seguros, entre otras.

** *N. del T.*: La ponderación *ad hoc* se caracteriza porque la corte asigna un peso específico a los derechos basados en los hechos particulares del caso. El balance es tan específico que el precedente no puede ser extendido a otras situaciones. Este tipo de ponderación se contrasta con la ponderación “categórica”, que intenta regular una categoría especial de casos futuros.

publicación de las fotografías, a pesar de que su obtención no fue considerada ilícita, fue considerada particularmente reprochable.

El segundo caso, *Von Hannover v. Alemania*²⁶, decidido siete semanas después del caso *Campbell*, involucraba a la princesa Carolina de Mónaco, la hija de la princesa Grace Kelly. La demandante buscaba compensación en las cortes alemanas por la publicación de fotografías de ella que habían sido tomadas en lugares que pueden ser considerados públicos. Algunas de estas fotografías, incluyendo unas que también incluían a sus hijos, fueron tomadas mientras ella estaba de compras, montando a caballo, esquiando o haciendo otras actividades en lugares públicos. Otras la mostraban con un acompañante masculino en un rincón lejano del patio de un restaurante que era visible desde el exterior. Y otras la mostraban en un complejo de baño al aire libre, en el cual ella era igualmente visible desde el exterior de la instalación. Las cortes alemanas decidieron en favor del demandante en cuanto a las fotografías que incluían a los niños, al igual que por aquellas tomadas en el restaurante. La Corte Europea de Derechos Humanos, sin embargo, encontró todas las fotografías objetables, pero reservó para futura consideración la decisión respecto de la indemnización adecuada²⁷. En los considerandos de su decisión, la Corte manifestó que ninguna de las fotografías había sido obtenida ilícitamente. Sintió, sin embargo, que publicar las fotos era más ofensivo que publicar un artículo, y es más que plausible concluir de la lectura de la decisión que la Corte sentía que al castigar la publicación de fotografías disuadiría a los *paparazzi*.

Recientes decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos dejan clara la futilidad de intentar demandas por invasión a la privacidad en este país, en todas las circunstancias que hemos descrito. Además, en Estados Unidos, ni el *New York Times* ni el *Washington Post* podrían ser considerados responsables, o refrenados de una publicación en espera de una sentencia, en ninguna de aquellas circunstancias. El caso de *The Pentagon Papers*²⁸ claramente muestra cuán difícil es restringir publicaciones en los Estados Unidos, ni siquiera cuando alguien ha recibido información que ha sido obtenida impropriamente por una tercera persona (siempre y cuando el publicador no haya instigado ni colaborado de ninguna forma en la obtención impropia de la información). Como muestra de un caso de daños derivados de una publicación, *The Florida Star v.*

26 *Von Hannover, supra*, nota 24.

27 *Von Hannover v. Alemania*, demanda n.º 59320/00, decisión de la Tercera Sección (aprobación al acuerdo satisfactorio entre las partes), 28 de julio del 2005.

28 *New York Times v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

*B. J. F.*²⁹, decidido en 1989, es instructivo. En este caso, un periodista vio el nombre de una mujer que había sido robada y atacada en su integridad sexual en un reporte publicado en la cartelera de la oficina de prensa del comisario de policía y que estaba disponible a la prensa. También había un letrero en la sala de prensa diciendo que los nombres de las víctimas de ataques sexuales no eran objeto de registro público y no serían publicados. Existía además legislación en la Florida que hacía ilícito “imprimir, publicar, o transmitir [...] en cualquier instrumento de difusión masiva el nombre, dirección u otro hecho identificativo o información de las víctimas de un delito sexual”³⁰. El periódico demandado publicó un artículo de un párrafo sobre el incidente descrito en el reporte de la oficina del comisario que incluía el nombre completo de la demandante. La demandante entonces presentó su reclamación en las cortes estatales de Florida contra el periódico y fue indemnizada con 475.0000 dólares en daños compensatorios y 25.000 dólares en daños punitivos, en un fallo que fue confirmado por la segunda instancia. Este fallo fue revocado por la Suprema Corte de los Estados Unidos. Aunque la Corte declaró que no estaba preparada para sostener que “una publicación verídica está constitucionalmente protegida de forma automática [...] o incluso que un estado nunca puede castigar la publicación del nombre de una víctima de delitos sexuales”, expresamente declaró que “el castigo puede ser aplicado, solamente” a un periódico “que publique información verdadera que haya sido obtenida legítimamente cuando exista un interés estatal del más alto orden”³¹. La Corte no encontró tal interés en el caso en cuestión. La misma Corte reafirmó esta conclusión en el 2001, cuando decidió *Bartnicki v. Vopper*³², caso en que la grabación de una conversación del negociador jefe de un sindicato de profesores en labores de negociación fue entregada de forma anónima a una estación de radio local, y ésta reprodujo la cinta al aire. Nadie disputó el hecho de que la persona que grabó la cita actuó de forma ilegal. Pero el hecho de que la persona que transmitió la conversación grabada en la cinta debió haberse dado cuenta de que la conversación había sido grabada ilegalmente no le impedía transmitirla, pues no había sido parte de la actividad ilegal.

¿Qué podemos concluir de todo esto hasta ahora? Ciertamente, sin pretender agotar el rango de asuntos potenciales, podemos con seguridad concluir lo siguiente. Primero, en la medida en que la responsabilidad extracontractual se

29 491 U.S. 524 (1989).

30 Íd., p. 526 (la legislación era Fla. Stat. § 749.03 [1987]).

31 Íd., p. 541.

32 532 U.S. 514 (2001).

expande para reconocer indemnización por angustia emocional no acompañada por ningún daño físico o amenaza de daño físico, tendrá que tomar en consideración el derecho doméstico constitucional y la jurisprudencia generada por las cortes que aplican las convenciones internacionales de derechos humanos. Segundo, al intentar reconciliar la responsabilidad extracontractual con el derecho constitucional y los derechos humanos, estamos obligados a hacer varias elecciones básicas importantes. ¿Debemos preferir la libertad de expresión, cuya justificación es principalmente política, o la intimidad y tranquilidad emocional, cuya justificación se encuentra en la moralidad? Tercero, al intentar resolver estos conflictos mediante un proceso de decisión caso a caso, debemos reconocer que las diferentes sociedades, incluso sociedades que comparten una tradición democrática, pueden tener ideas muy diferentes acerca de cuáles consideraciones deberían prevalecer cuando estos conflictos inevitables surjan.

Estos son problemas inmensos que no se resuelven fácilmente, y no, por cierto, en un ensayo corto³³. Sin embargo, algunas observaciones iniciales pueden resultar útiles. Podríamos, por ejemplo, tratar de recurrir a los métodos que se han desarrollado para solucionar casos de responsabilidad extracontractual más tradicionales, como, por ejemplo, el análisis costo-beneficio, o, de forma más general, a soluciones que promuevan la eficiencia económica. Claro está, el área que nos ocupa (la angustia emocional que no está relacionada con ningún daño físico o amenaza a la integridad física) no se presta bien para análisis de costos y beneficios o de cálculos de eficiencia económica³⁴. De hecho, incluso en áreas tradicionales de la responsabilidad extracontractual que involucran daños físicos o interferencias en el uso de la tierra, no solo es a menudo difícil determinar el costo real de los beneficios y las cargas, sino que algunos de los costos y beneficios se relacionan con valores intangibles que no son remotamente cuantificables. En estas áreas tradicionales de la responsabilidad extracontractual, comúnmente estamos forzados a recurrir a alguna clase de ponderación que involucre sopesar la fuerza relativa de los valores en conflicto. Esto, obviamente, no es una tarea fácil. Cuando el asunto se relaciona con la

33 Para una discusión más amplia sobre el potencial de las decisiones judiciales para resolver los conflictos entre la intimidad, la libertad de expresión e importantes intereses estatales, véase GEORGE C. CHRISTIE. *Philosophers Kings? The Adjudication of Conflicting Human Rights and Social Values*, Nueva York, Oxford University Press, 2011.

34 Discutiendo la temprana renuencia a indemnizar los daños emocionales, KEETON los describió como “tan evanescentes, intangibles y peculiares, y varían en la misma medida que el individuo en cuestión, que ellos no pueden ser anticipados, así que se encuentran por fuera de cualquier conexión razonable ‘próxima’ con los actos del demandado”: W. PAGE KEETON et al. (ed.). *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5.ª ed., Nueva York, West, 1984, §12, p. 55.

indemnización por los tipos de daños emocionales que ahora buscamos que la responsabilidad extracontractual indemnice, estos problemas se acentúan. Los factores que necesitan ser sopesados son muchos y el valor monetario no puede ser aplicado fácilmente (si es que puede ser aplicado en absoluto) a la mayoría de esos factores. Cuando daños físicos, o estrés emocional resultante de una amenaza de un daño físico, se involucran en un proceso de ponderación, podemos al menos regresar a la presunción universal de que dañar físicamente a alguien, o amenazar a alguien de un daño físico, es demandable *prima facie*. Ello es particularmente cierto si el demandado podía haber anticipado algún tipo de daño al demandante, y este fundamento *prima facie* podría hacerse más fuerte si el demandante puede probar algún tipo de culpa (por ejemplo, que el demandado no tomó los pasos razonables para evitar un riesgo conocido). En los casos de estrés emocional que hemos estado discutiendo, *no* existe tal presunción universal que apoye los alegatos del demandante. En los Estados Unidos, como he indicado, esta dificultad ha sido superada en gran medida por la aceptación de que en tales casos de conflicto con otros valores e intereses intangibles existe una presunción fuerte a favor de la libertad de expresión, a menos que el demandante pueda mostrar que, en su caso particular, algún otro valor o interés derrota tal presunción.

En las jurisdicciones que han aceptado que la intimidad y la libertad de expresión tienen igual valor (ya sea expresamente, como en Europa, o implícitamente, porque la libertad de expresión es solo uno más de una lista de derechos derrotables) no existe en teoría ninguna presunción que favorezca a alguno de ellos cuando entran en conflicto. Como una cuestión práctica, sin embargo, cuando estos derechos entran en conflicto en litigios de particulares, y ello se traduce en acciones de responsabilidad extracontractual, la intimidad alcanzará primacía presuntiva. Sería extremadamente extraño que una persona adelantara una demanda contra otra alegando que la intimidad de esta infringe su libertad de expresión. Por el contrario, casi todos los casos que podemos imaginar involucran a alguien que reclama que la libertad de expresión de otra persona está violando su derecho a la intimidad. Esto, como mínimo, pone a la persona que ejerce la libertad de expresión en la posición de padecer los gastos del litigio para defender su ejercicio de tal derecho³⁵. Que esta consecuencia sea el efecto probable de esas doctrinas se hace extremadamente claro por el desarrollo de las decisiones europeas a las cuales me he referido. En el Reino

35 En todos los sistemas jurídicos donde el perdedor debe pagar por los gastos jurídicos del ganador, el tiempo y la falta de certeza de defenderse contra demandas aún más proporcionan un costo que podría inhibir a ciertas personas de expresarse libremente.

Unido, las cortes han impuesto una obligación general de mantener confidencial toda la información que no es conocida de forma pública sobre una persona. El estándar que se estableció es el de una persona razonable: se está obligado a mantener confidencial la información que una actor razonable consideraría que la persona en cuestión no desearía que se supiera de forma general. Una persona que revelara tal solo podría defenderse si puede probar que su publicación de la información en cuestión era de interés público. Las cortes han dejado claro, sin embargo, que el hecho de que el público estuviera interesado en la información no es un indicador en sí mismo de que la publicación del asunto fuera una cuestión de interés público. Es del resorte de la corte determinar cuáles revelaciones son o no de interés público³⁶. Categorías de expresión que expresamente gozan de un estatus más privilegiado incluyen la expresión política, la expresión artística y la expresión científica y educacional³⁷. De forma curiosa, las cortes británicas (al contrario de, por ejemplo, las cortes en Nueva Zelanda) han rehusado aceptar que el discurso político pueda gozar de algún estatus más privilegiado que otros tipos de discurso, y, por lo tanto, las personas que publican información sobre los funcionarios públicos no siempre pueden hacer uso del eximente de responsabilidad basado en el interés público³⁸. La Corte Europea de Derechos Humanos, de forma similar, ha establecido como un requisito para escapar de la responsabilidad por invasión a la intimidad que la publicación de una fotografía o información no conocida generalmente debe contribuir a un debate de interés general³⁹. La Corte rechazó la afirmación de las cortes alemanas en el caso *Van Hannover* de que, al menos por una figura pública, no podría haber responsabilidad por tomar fotografías o reportar observaciones de lo que ocurre en el espacio público. La Corte Europea también rechazó la noción de que las figuras públicas bien conocidas deberían tener menos protección de la curiosidad de otros que las personas menos conocidas⁴⁰. Además, ha declarado que incluso los funcionarios públicos gozan de protección en asuntos que no se relacionan con sus deberes oficiales⁴¹.

Entonces, ¿cómo puede una persona alegar la eximente “interés público” cuando su expresión es cuestionada como una infracción a la intimidad de otro? Tanto las cortes británicas como la Corte Europea declararon que esto tiene que

36 Véase *Von Hannover*, *supra*, nota 24, en ¶¶ 76-77.

37 *Campbell*, *supra*, nota 25, en ¶ 148 (opinión de Lady Hale).

38 Compárese *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.* [2001], 2 A.C. 127 (1999) con *Lange v. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385 (C.A.).

39 *Von Hannover*, *supra*, nota 24, en ¶ 76.

40 *Ibid.*, p. 72.

41 *Ibid.*, p. 64.

ser decidido caso por caso. El que ello pueda hacerse es una pregunta interesante. Soy francamente escéptico, porque estamos tratando con un área que se encuentra cargada de matices emocionales y en la cual pequeñas diferencias en los hechos crean enormes diferencias. Para obtener algo cercano a guías claras de un sistema de decisión caso por caso, tendríamos que generar un número grande de decisiones sobre hechos relativamente similares en un periodo de tiempo relativamente corto. También se necesitaría un poder judicial que esté preparado para seguir algo similar a la doctrina del *stare decisis* del *common law*, es decir, un compromiso a no decidir un caso posterior diferente de un caso previamente decidido a menos que exista alguna diferencia relevante (y preferiblemente más de una) entre el último caso y el primero. Si no se puede generar el requisito de un gran número de casos o no se puede aceptar la disciplina requerida para evitar que los casos se decidan basándose únicamente en las expresiones abstractas y amplias de principios morales y objetivos políticos, se puede terminar como en la situación actual de Europa, en donde, cuando existe duda, las personas deben mantener silencio o enfrentar el riesgo y los gastos del litigio. Este es un mundo en el cual a pesar del supuesto igual valor de la libertad de expresión y la intimidad, como cuestión práctica, la intimidad se ha convertido en el valor preferido. En este caso, sostendría que lo más honesto es dejar de fingir sobre la supuesta igualdad entre la libertad de expresión y la intimidad en el ámbito público. La visión que defiendo es contraria a la visión europea. Creo que la libertad de expresión debe prevalecer sobre preocupaciones relacionadas con la intimidad, y que la responsabilidad extracontractual debe reconocer esto. Estoy convencido de que existen fuertes razones por las cuales en una sociedad democrática la expresión debe ser el valor preferido incluso si alguien acepta (como acepto) que, desde un punto de vista moral, a menudo sería mejor que muchos hablantes se quedaran en silencio. La noción sostenida por RONALD DWORKIN de que todos los casos jurídicos en disputa deben en últimas ser resueltos por consideraciones morales es una ilusión⁴². Nadie niega que el derecho y la moralidad estén relacionados; pero los valores políticos, entre los cuales la libertad de expresión es el más importante, tienen un valor independiente que algunas veces triunfan sobre consideraciones morales. Discutir adecuadamente esta posición requeriría otro ensayo. Por el momento, permítaseme decir que, desde una perspectiva política, dejar a las cortes la

42 La exposición más completa de la aproximación filosófica de DWORKIN sigue siendo RONALD DWORKIN. *Law's Empire*, London, Fontana, 1986 (hay traducción española de CLAUDIA FERRARI: *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992). Este trabajo recibió una reseña extensa en GEORGE C. CHRISTIE. "Dworkin's Empire", *Duke Law Journal*, vol. 36, n.º 1, 1987, pp. 159-187, la cual incluye numerosas referencias a su trabajo anterior.

decisión sobre lo que es expresión legítima o permisible es intolerable. Además, a pesar del prejuicio que tienen muchos jueces contra los tabloides y los *paparazzi* que estos tabloides promueven, existen muchos casos en los cuales esos tabloides han sacado a la luz cuestiones cuyo conocimiento general es de interés público.

BIBLIOGRAFÍA

CHRISTIE, GEORGE C. "Dworkin's Empire", *Duke Law Journal*, vol. 36, n.º 1, 1987.

CHRISTIE, GEORGE C. *Philosophers Kings? The Adjudication of Conflicting Human Rights and Social Values*, Nueva York, Oxford University Press, 2011.

KEETON, W. PAGE et al. (ed.). *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5.^a ed., Nueva York, West, 1984.

DWORKIN, RONALD. *Law's Empire*, Londres, Fontana, 1986.

WARREN, SAMUEL D. y LOUIS D. BRANDEIS. "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, vol. 4, 1890.

FALLOS CITADOS

ESTADOS UNIDOS

Bartnicki v. Vopper, 532 U. S. 514 (2001).

De May v. Roberts, 9 N. W. 146, 46 Mich. 160 (1881).

George v. Jordan Marsh Co., 268 N. E. 2d 915, 359 Mass. 244 (1971).

Hustler Magazine v. Falwell, 485 U. S. 46 (1988).

New York Times v. United States, 403 U. S. 713 (1971).

Nickerson v. Hodges, 84 So.37, 146 La. 735 (1920).

Roberson v. Rochester Folding Box Co., 64 N. E. 442, 171 N. Y. 538 (1902).

Rockhill v. Pollard, 485 P.2d 28, 259 Ore. 54 (1971).

Snyder v. Phelps, 562 U.S. ___, 131 S. Ct. 1207, 179 L. Ed. 2d 172 (2011).

NUEVA ZELANDA

Lange v. Atkinson (2000), 3 N. Z. L. R. 385 (C. A.).

REINO UNIDO

Campbell v. MGN Ltd. (2004), 2 A. C. 457.

Reynolds v. Times Newspapers Ltd. (2001), 2 A. C. 127 (1999).

Wilkinson v. Downton (1897), 2 Q. B. 57.

UNIÓN EUROPEA

Klein v. Eslovaquia, demanda n.º 72208/01, decisión del 31 de enero del 2007.

Sahin v. Turquía, demanda n.º 44774/98, decisión del 10 de noviembre del 2005, 44 Eur. H. R. Rep. 5.

Von Hannover v. Alemania, demanda n.º 59320/00, decisión del 24 de junio del 2004, 40 Eur. H. R. Rep. 1 (2005).

Von Hannover v. Alemania, demanda n.º 59320/00, decisión de la Tercera Sección (aprobación al acuerdo satisfactorio entre las partes), 28 de julio del 2005.